

# Bundesgerichtshof

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

§§ 1, 3 I, 4 II 2, 5 II, 8 I WEG; §§ 812, 890, 892, 925 BGB; §§ 322, 522a, 536 ZPO

1. 1. Ist eine Teilungsvereinbarung nicht bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einem Notar erklärt und daher zunächst unwirksam, so wird dieser Mangel insgesamt geheilt, sobald ein Dritter gutgläubig eine der vom Gründungsakt erfassten Eigentumswohnungen erwirbt.
2. 2. Ein isolierter Miteigentumsanteil kann zwar nicht rechtsgeschäftlich begründet werden, er kann aber kraft Gesetzes entstehen, wenn die Begründung von Sondereigentum an einem Gebäudeteil gegen zwingende gesetzliche Vorschriften verstößt und daher insoweit unwirksam ist.
3. 3. Ein isolierter Miteigentumsanteil wächst den anderen Miteigentümern nicht entsprechend BGB § 738 Abs. 1 zu, da sie nicht gesamthänderisch verbunden sind. Vielmehr sind alle Miteigentümer aufgrund des Gemeinschaftsverhältnisses verpflichtet, den Gründungsakt so zu ändern, dass keine isolierten Miteigentumsanteile bestehen bleiben. Hierzu bedarf es einer Vereinbarung. Der isolierte Miteigentumsanteil muss - im Zweifel anteilig - durch Vereinigung oder Zuschreibung (BGB § 890) auf die anderen Anteile übertragen werden. Für die Übertragung ist ein Wertausgleich zu leisten.
4. 4. Ein Anschlussrechtsmittel setzt voraus, dass in dem Schriftsatz klar und eindeutig der Wille zum Ausdruck kommt, eine Änderung des vorinstanzlichen Urteils zugunsten des Rechtsmittelbeklagten zu erreichen. Kann der Sachantrag - wie im Falle einer vorinstanzlichen Klageabweisung aufgrund einer Hilfsaufrechnung - nur auf Klageabweisung gerichtet sein, so muss aus dem Schriftsatz zweifelsfrei hervorgehen, dass der Rechtsmittelbeklagte sich durch das vorinstanzliche Urteil beschwert fühlt und deshalb einen Angriff vortragen will, der den Streitgegenstand der Rechtsmittelinstanz erweitert.
5. 5. Hat das vorinstanzliche Gericht eine Klage nur aufgrund der vom Beklagten erklärten Hilfsaufrechnung abgewiesen und legt nur der Kläger ein Rechtsmittel ein, so ist dem Rechtsmittelgericht die erneute Überprüfung der Klageforderung verwehrt (im Anschluss an BGH, 1971-10-14, VII ZR 47/70, WM IV 1972, 53, 54).

BGH, Urteil vom 03.11.1989, Az.: V ZR 143/87

Tatbestand:

1

Die Klägerin verlangt von den Beklagten als Wohnungseigentümern der Wohnanlage U.-Center in K. anteiligen Ersatz der Kosten, die sie für den Erwerb des Teileigentums an bestimmten Räumen, insbesondere im 44. und 45. Stockwerk, und für die Errichtung einer Heizungsanlage aufgewendet hat. Eigentümerin des Grundstücks war zunächst die Firma D. GmbH & Co. (im folgenden: Firma D.). Mit notariellem Vertrag vom 25. Juni 1971 veräußerte sie einen Miteigentumsanteil von 1.758,89/10.000 an den Beklagten zu 3, eine Anstalt des öffentlichen Rechts. Der Kaufvertrag sah die spätere Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum vor. In einem Generalunternehmervertrag vom 6. August 1971 verpflichtete sich die Firma D. gegenüber dem Beklagten zu 3 zur schlüsselfertigen Herstellung derjenigen Wohnflächen des Verwaltungsraumes und der Autoabstellplätze, an denen der Beklagte zu 3 Sondereigentum oder Sondernutzungsrechte haben sollte. Nach diesem Vertrag sollte die Heizzentrale des U.-Centers gemeinschaftliches Eigentum und von einem Dritten betrieben werden. In einer Zusatzvereinbarung vom 8. November 1971 zum Generalunternehmervertrag wurde statt dessen vereinbart, daß an dem vorgesehenen Heizwerk nicht gemeinschaftliches Eigentum, sondern Teileigentum begründet und später durch die Firma D. veräußert werden sollte. Dementsprechend wurde in der Teilungsvereinbarung vorgesehen, daß der Firma D. u.a. das Sondereigentum an den zum Heizwerk gehörenden Räumen, verbunden mit einem Miteigentumsanteil von 92,144/10.000, zustehen sollte. Die Teilungsvereinbarung wurde von der Firma D. am 30. Juni 1972, von dem Beklagten zu 3 am 11. August 1972 unterzeichnet, und zwar jeweils in notariell beglaubigter Form.

2

Durch notariellen Kaufvertrag vom 27. Juli 1972 verpflichtete sich die Firma D. gegenüber der Klägerin, ihr das künftige Teileigentum an den Heizwerkräumen zu übertragen. Die Verträge wurden vollzogen und die Rechtsänderungen in das Grundbuch eingetragen.

3

Die Klägerin ließ die Heizwerkanlage mit einem Kostenaufwand von 1.010.000 DM errichten und verpachtete sie.

4

Die Beklagten zu 1 und 2 erwarben im Jahre 1974 von der Firma D. je eine Eigentumswohnung im U.-Center.

5

Nachdem der erkennende Senat in einem Urteil vom 2. Februar 1979 (BGHZ 73, 302) entschieden hatte, daß eine Heizungsanlage jedenfalls dann, wenn sie nur die zu der Wohnanlage gehörenden Wohnungen und Räume mit Wärme versorge, dem gemeinschaftlichen Gebrauch diene und daher nicht im Sondereigentum stehen könne (§ 5 Abs. 2 WEG), verlangten die anderen Miteigentümer von der Klägerin und der Pächterin die Herausgabe des Heizwerks. Diese erfolgte am 1. September 1980.

6

Am 18. Februar 1982 trat die Firma D., die inzwischen anders firmierte, der Klägerin alle Ansprüche ab, die ihr gegen die Eigentümergemeinschaft zustehen könnten, weil das Heizwerk möglicherweise nicht sondereigentumsfähig sei.

7

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagten zur Zahlung folgender Beträge nebst Zinsen zu verurteilen:

8

die Beklagte zu 1: 2.702,06 DM,  
den Beklagten zu 2: 1.107,03 DM,  
den Beklagten zu 3: 335.050,29 DM.

9

Die Beklagten haben die Ansprüche bestritten und hilfsweise mit Gegenforderungen auf Nutzungsentschädigung die Aufrechnung erklärt.

10

Die Eigentümergeinschaft hat mit Beschluß vom 30. Juni 1986 einen Gegenanspruch auf Nutzungsentschädigung aufgeteilt und auf die Wohnungs- und Teileigentümer zum Zwecke der Aufrechnung übertragen.

11

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin die Klageansprüche weiter. Die Beklagten beantragen, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

### **Entscheidungsgründe:**

12

I. Das Berufungsgericht bejaht grundsätzlich einen Anspruch der Klägerin aus eigenem Recht auf Ersatz von Verwendungen. Als ersatzfähige Verwendungen sieht es aber nur die Kosten für die Errichtung des Heizwerks (insgesamt 1.010.000 DM), nicht auch die für den Erwerb des Teileigentums an den Heizräumen aufgewendeten Kosten (900.000 DM) an. Ansprüche der Klägerin aus abgetretenem Recht der Firma D. verneint es. Die ursprünglich gegebenen Ansprüche der Klägerin auf anteiligen Ersatz der Kosten für die Errichtung des Heizwerks (gegen die Beklagte zu 1 in Höhe von 1.428,95 DM, gegen den Beklagten zu 2 in Höhe von 585,40 DM und gegen den Beklagten zu 3 in Höhe von 177.173,19 DM, insgesamt mithin in Höhe von 179.187,54 DM) sind nach Ansicht des Berufungsgerichts durch die Hilfsaufrechnung der Beklagten mit Ansprüchen auf Herausgabe von Nutzungen erloschen.

13

II. 1. Als Grundlage für einen Anspruch der Klägerin aus eigenem Recht auf anteiligen Ersatz der Erwerbskosten (insgesamt 900.000 DM) kommt, wie auch die Revision nicht in Frage stellt, nur ein Anspruch auf Verwendungsersatz nach §§ 994, 996 BGB in Betracht. Das Berufungsgericht meint, diese Kosten gehörten nicht zu den (notwendigen) Verwendungen, denn sie seien zur Erhaltung und ordnungsgemäßen Bewirtschaftung des Heizwerks oder des Hauses nicht erforderlich gewesen; sie hätten sich auf den Bestand und den Zustand des Gebäudes nicht ausgewirkt. Diese Beurteilung entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Nach ihr sind Verwendungen nur solche Vermögensaufwendungen, die der Sache zugute kommen sollen; es muß sich daher um Maßnahmen handeln, die der Erhaltung, Wiederherstellung oder Verbesserung der Sache dienen (BGHZ 10, 171, 177; 41, 157, 160; 87, 104, 106). Diesen Voraussetzungen genügt die Zahlung des Kaufpreises durch die Klägerin nicht.

14

2. Die insoweit hilfsweise geltend gemachten Ansprüche auf anteiligen Ersatz der "Kosten für den Grundstücksanteil" aus abgetretenem Recht der Firma D. hat das Berufungsgericht im Ergebnis ebenfalls zutreffend verneint.

15

a) Ansprüche der Firma D. gegen die Beklagten zu 1 und 2.

16

aa) Forderungen aus § 812 BGB versagt das Berufungsgericht mit der Begründung, die Beklagten hätten nur erhalten, was ihnen vertraglich zugestanden habe. Ihr Miteigentumsanteil habe sich nicht (anteilig) um die Höhe des Miteigentumsanteils erhöht, der mit dem Sondereigentum am Heizwerk verbunden sein sollte; vielmehr sei dieser Miteigentumsanteil der Firma D. verblieben.

17

Das wird von der Revision nicht bezweifelt. Es entspricht der Rechtslage.

18

(1) Allerdings lagen zwei Gründungsmängel vor:

19

Die Teilungsvereinbarung zwischen der Firma D. und dem Beklagten zu 3 wurde nicht, wie nach § 4 Abs. 2 Satz 1 WEG in Verbindung mit § 925 BGB vorgeschrieben, bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einem Notar erklärt. Dieser Mangel hat zwar zunächst zur Unwirksamkeit der Teilungsvereinbarung geführt (BGHZ 29, 6, 10), er ist aber später gemäß § 892 BGB geheilt worden. Nach einer im Schrifttum verbreiteten Auffassung wird ein Fehler beim Abschluß des Gründungsgeschäfts insgesamt geheilt, sobald ein Käufer gutgläubig Wohnungseigentum erwirbt, denn dieses kann nicht nur an einer Wohnung entstehen (Röll, Festschrift Seuss, 1987, S. 233, 236, 238; Weitnauer, WEG 7. Aufl. § 3 Anm. 6g; Palandt/Bassenge, BGB 48. Aufl. WEG § 2 Anm. 2a aa). Dieser Auffassung tritt der Senat bei. Danach ist eine solche Heilung hier eingetreten, denn die Firma D. hat mehrere Wohnungen, u.a. an die Beklagten zu 1 und 2, veräußert. Daß die Erwerber etwa nicht gutgläubig gewesen seien, ist weder festgestellt noch vorgetragen.

20

Der zweite Gründungsmangel betraf die in der Teilungsvereinbarung vorgesehene Einräumung von Sondereigentum am Heizwerk. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht jedoch den ursprünglichen Vereinbarungen entnommen, daß die Firma D. und der Beklagte zu 3 die Teilungsvereinbarung im übrigen auch dann getroffen hätten, wenn sie gewußt hätten, daß die Bildung von Sondereigentum an den Heizwerkkräusen nicht möglich war. Außerdem war die Auslegungsregel des § 139 BGB hier in § 15 der Teilungsvereinbarung durch eine Teilwirksamkeitsklausel abbedungen.

21

Das ist zulässig. Die Einräumung von Sondereigentum an einem Gebäudeteil ist eine selbständige, von den anderen Vereinbarungen abtrennbare Regelung. Das Gebäude braucht nicht vollständig in Sonder- und Gemeinschaftseigentum aufgeteilt zu werden; nach § 1 Abs. 5 WEG werden alle Teile des Gebäudes, an denen kein Sondereigentum begründet werden soll (oder kann), gemeinschaftliches Eigentum (vgl. BayObLGZ 1973, 267, 268; 1987, 390, 395; OLG Frankfurt OLGZ 1978, 290, 291; OLG Karlsruhe DNotZ 1973, 235; OLG Stuttgart OLGZ 1979, 21, 23).

22

Die unwirksame Begründung von Sondereigentum an einem Gebäudeteil berührt die Aufteilung der Miteigentumsanteile grundsätzlich nicht (OLG Frankfurt aaO). Die vorgesehenen Miteigentumsanteile entstehen selbst dann, wenn das mit einem Anteil zu verbindende Sondereigentum nicht entstehen konnte. In diesem Fall entsteht ein isolierter Miteigentumsanteil.

23

Eine solche Aufrechterhaltung der Teilungserklärung ist nach dem Zweck des § 5 Abs. 2 WEG geboten. Die Begründung von Sondereigentum an dem gemeinschaftlichen Gebrauch dienenden Anlagen und Einrichtungen ist ausgeschlossen, um eigenmächtige Verfügungen des Sondereigentümers zu verhindern (vgl. Regierungsbegründung zu § 5 Ziff. 2c, BR-Drucks. 75/51 - abgedruckt bei Weitnauer, WEG 6. Aufl. Anh. IV). Dem ist genügt, wenn insoweit entgegen der Teilungsvereinbarung gemeinschaftliches Eigentum entsteht. Der beabsichtigte Schutz der anderen Miteigentümer würde in sein Gegenteil verkehrt, wenn als Folge des Verstoßes gegen § 5 Abs. 2 WEG der Gründungsakt insgesamt nichtig und deshalb kein Wohnungseigentum entstanden wäre.

24

Die Aufrechterhaltung der Teilungserklärung widerspricht auch nicht zwingenden Grundsätzen des Wohnungseigentumsgesetzes. Der Senat teilt die von Röll (Teilungserklärung und Entstehung des Wohnungseigentums, S. 52; MünchKomm 2. Aufl. WEG § 5 Rdn. 35a und § 6 Rdn. 2; Festschrift Seuss, S. 233, 235) begründete Auffassung, daß die Entstehung isolierter Miteigentumsanteile zwar gemäß § 3 Abs. 1, § 8 Abs. 1 WEG nicht rechtsgeschäftlich begründet werden kann, aber sachenrechtlich nicht ausgeschlossen ist. Die genannten Bestimmungen beziehen sich nach ihrem Wortlaut und der Begründung (vgl. Erläuterung zu § 3 Ziff. 1 - BR-Drucks. 75/71 - abgedruckt bei Weitnauer aaO) nur auf den zulässigen Inhalt des Rechtsgeschäfts. Als Folge der Anwendung gesetzlicher Bestimmungen kann ein isolierter Miteigentumsanteil aber entstehen.

25

(2) Ein isolierter Miteigentumsanteil wächst aber den anderen Miteigentümern nicht entsprechend § 738 Abs. 1 BGB zu, da sie nicht, wie in dieser Vorschrift vorausgesetzt, gesamthänderisch verbunden sind. Vielmehr sind alle Miteigentümer aufgrund des Gemeinschaftsverhältnisses verpflichtet, den Gründungsakt so zu ändern, daß keine isolierten Miteigentumsanteile bestehen bleiben ("dingliche Verstrickung", vgl. MünchKomm/Röll 2. Aufl. WEG § 5 Rdn. 35 a; ders. Teilungserklärung und Entstehung des Wohnungseigentums, S. 52). Hierzu bedarf es einer Vereinbarung. Der isolierte Miteigentumsanteil muß - im Zweifel anteilig - durch Vereinigung oder Zuschreibung (§ 890 BGB) auf die anderen Anteile übertragen werden. Das ist hier noch nicht geschehen.

26

Ein bereicherungsrechtlicher Zahlungsanspruch der Firma D. gegen die Beklagten zu 1 und 2 besteht daher (noch) nicht. Zwar können die Wohnungseigentümer die anteilige Übertragung des isolierten Miteigentumsanteils nicht ersatzlos verlangen, denn sie haben hierauf weder nach der Teilungsvereinbarung noch nach den schuldrechtlichen Absprachen einen Anspruch. Aber einen Wertausgleich brauchen sie erst zu leisten, wenn sie einen entsprechenden Vermögenszuwachs erfahren. Das ist erst bei Übertragung ihres jeweiligen Anteils am isolierten Miteigentumsanteil der Fall. Da es vor der Vereinbarung vom 18. Februar 1982 zwischen der Klägerin und der Firma D. über die Abtretung von deren Ansprüchen gegen die Eigentümergemeinschaft nicht zur Übertragung der Anteile am isolierten Miteigentumsanteil auf die Wohnungseigentümer gekommen ist, kann die Klägerin von der D. einen daraus folgenden Wertausgleichsanspruch nicht erworben haben.

27

bb) Die Revision meint in Übereinstimmung mit dem Landgericht, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts habe der Firma D. gegen die Eigentümergemeinschaft ein Anspruch wegen Fortfalls der Geschäftsgrundlage zugestanden, denn es sei "ohne weiteres davon auszugehen, daß die Firma D. die Preise für die einzelnen Wohneinheiten höher festgesetzt hätte, wenn sie die Unrichtigkeit ihrer Vorstellungen hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse am Heizwerk gekannt hätten".

Gegen die Würdigung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe nichts vorgetragen, was den Schluß auf eine Äquivalenzstörung zulasse, erhebt die Revision Verfahrensrügen.

28

Die Rügen bleiben im Ergebnis ohne Erfolg, denn eine Äquivalenzstörung liegt aus mehreren Gründen nicht vor.

29

Zum einen haben die Beklagten zu 1 und 2 im Rahmen der vertraglichen Beziehungen mit der D. nur das erhalten, worauf sie Anspruch hatten, nämlich das Sondereigentum an je einer Wohnung, verbunden mit dem von vornherein zugeordneten Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum am U.-Center. Soweit ihnen darüber hinaus ein Anspruch auf anteilige Übertragung des isolierten Miteigentumsanteils der D. erwachsen ist, beruht dieser nicht auf ihren jeweiligen schuldrechtlichen Beziehungen zur D., sondern auf der dinglichen Verbindung ("Verstrickung") innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft (vgl. oben II 2a, aa (2)). Das Verhältnis der kaufvertraglich geschuldeten Leistung und Gegenleistung - und damit auch deren Gleichwertverhältnis - wird dadurch nicht berührt. Zum anderen wird selbst die außervertragliche Übertragung eines Anteils am isolierten Miteigentumsanteil nur gegen Wertausgleich geschuldet.

30

b) Anspruch der D. gegen den Beklagten zu 3.

31

Insoweit gelten die vorstehenden Ausführungen sinngemäß. Auch gegenüber dem Beklagten zu 3 bestanden im Zeitpunkt der Abtretung (18. Februar 1982) keine abtretbaren Ansprüche der D. aufgrund des Gründungsmangels, denn die D. hatte dem Beklagten den entsprechenden Anteil am isolierten Miteigentumsanteil noch nicht übertragen.

32

3. Soweit das Berufungsgericht Ansprüche der Klägerin auf anteiligen Ersatz der Kosten für die Errichtung des Heizwerks (insgesamt 1.010.000 DM) bejaht (und nur das Erlöschen dieser Forderungen infolge der Hilfsaufrechnungen angenommen) hat, ist diese Entscheidung entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung der Überprüfung durch das Revisionsgericht von Rechts wegen entzogen.

33

a) Die Beklagten haben gegen das Urteil nicht Anschlußrevision eingelegt. Entgegen ihrer in der mündlichen Verhandlung und in dem nachgereichten Schriftsatz vom 11. April 1989 vertretenen Ansicht kann eine solche Prozeßhandlung insbesondere nicht in der Revisionserwiderung vom 22. Dezember 1987 gesehen werden, obwohl diese innerhalb der in § 556 Abs. 1 ZPO bestimmten Frist bei Gericht eingegangen ist.

34

Ein Anschlußrechtsmittel braucht zwar nicht als solches bezeichnet zu sein, in dem Schriftsatz muß aber klar und eindeutig der Wille zum Ausdruck kommen, eine Änderung des vorinstanzlichen Urteils zugunsten des Rechtsmittelbeklagten zu erreichen (st. Rspr.: RGZ 142, 307, 311; 156, 291, 295; 165, 324, 335; BGH Urt. v. 28. Oktober 1953, VI ZR 217/52, NJW 1954, 266, 267 - insoweit nicht in BGHZ 11, 27 abgedruckt; BGHZ 33, 169, 172; BGH Urt. v. 9. Mai 1984, IV b ZR 74/82, FamRZ 1984, 657, 659; BGHZ 100, 383, 386). Der Gegner muß wissen, daß ein Anschlußrechtsmittel eingelegt worden ist. Nur dann kann er darüber befinden, ob er das Risiko einer Abänderung des angefochtenen Urteils zu seinen Ungunsten in

Kauf nehmen oder lieber sein eigenes Rechtsmittel zurücknehmen und damit dem Anschlußrechtsmittel den Boden entziehen will (vgl. §§ 522 Abs. 1, 556 Abs. 2 Satz 3 ZPO). Eine hinreichende Klarheit über das Rechtsschutzbegehren wird in der Regel dadurch erzielt, daß der Rechtsmittelbeklagte einen auf Abänderung des vorinstanzlichen Urteils zielenden (Sach-) Antrag stellt (RG HRR 1932, Nr. 1790; BGH Urt. v. 28. Oktober 1953 aaO). Der bloße Antrag auf Zurückweisung des gegnerischen Rechtsmittels reicht für die Annahme eines Anschlußrechtsmittels nicht aus (vgl. BGH Urt. v. 9. Mai 1984 aaO zur Anschlußrevision); denn ein Anschlußrechtsmittel muß einen Angriff gegen den Inhalt des vorinstanzlichen Urteils enthalten und darf sich nicht auf eine Auseinandersetzung mit dessen Gründen beschränken (vgl. BGHZ 24, 279, 284).

35

Dies gilt auch dann, wenn sich die Beschwer des Rechtsmittelbeklagten allein aus den Urteilsgründen ergibt, weil die Klage - wie hier - "nur" infolge einer Hilfsaufrechnung abgewiesen worden ist (st. Rspr. seit RGZ 161, 167, 171; vgl. auch BGHZ 16, 394, 395 - insoweit nicht abweichend; BGHZ 36, 316, 319 sowie BGH Urt. v. 14. Oktober 1971, VII ZR 47/70, WM 1972, 53, 54). Zwar kann der Sachantrag des Rechtsmittelbeklagten dann in jedem Falle nur auf Zurückweisung des Rechtsmittels gerichtet sein, aus dem Schriftsatz muß aber zweifelsfrei hervorgehen, daß der Rechtsmittelbeklagte sich durch das vorinstanzliche Urteil beschwert fühlt (vgl. Klamaris, Das Rechtsmittel der Anschlußberufung, S. 222) und deshalb einen Angriff vortragen will, der den Streitgegenstand der Rechtsmittelinstanz erweitert. Für die Auslegung als Anschlußrevision reicht es daher auch in solchen Fällen nicht aus, daß neben dem Antrag auf Zurückweisung der gegnerischen Revision Einwendungen gegen die Begründetheit der Klageforderung erhoben werden (vgl. BGH Urt. v. 14. Oktober 1971 aaO). Auch erläuternde Schriftsätze, die erst nach Ablauf der Frist zur Anschließung (§ 556 Abs. 1 ZPO) eingehen, oder mündliche Erklärungen in der Revisionsverhandlung berechtigen nicht dazu, einen insoweit nicht eindeutigen Schriftsatz als Revisionsanschlußschrift auszulegen (vgl. BGHZ 100, 383, 387).

36

Die Revisionserwiderung der Beklagten enthält keine Erklärungen mit dem eindeutigen Ziel, den Streitgegenstand für die Revisionsinstanz zu erweitern, soweit das Berufungsgericht einen Verwendungsersatzanspruch der Klägerin an sich bejaht hat. Die Einwände gegen diesen Teil der Entscheidungsgründe dienen - schon nach ihrer eindeutigen Aufgliederung - allein zur Begründung des einleitenden Obersatzes, daß die Ausführungen des Berufungsgerichts keinen die Klägerin benachteiligenden Rechtsfehler aufwiesen. Auch aus den nachfolgenden Ausführungen wird nicht das Anliegen ersichtlich, eine in dem Berufungsurteil etwa liegende Beschwer der Beklagten zu beseitigen.

37

Bei der "Klarstellung" in der Revisionsverhandlung und im nachgereichten Schriftsatz vom 11. April 1989 handelt es sich hiernach um die Anregung zu einer Umdeutung. Eine solche ist zwar auch im Verfahrensrecht grundsätzlich nicht ausgeschlossen (vgl. BGHZ 100, 383, 387), sie scheitert hier aber daran, daß sonst das oben dargestellte Schutzbedürfnis des Rechtsmittelklägers unterlaufen würde.

38

b) Ohne Anschlußrevision der Beklagten ist der Senat an der Prüfung gehindert, ob der vom Berufungsgericht als ursprünglich bestehend angesehene Anspruch der Klägerin auf Ersatz der für die Errichtung des Heizwerks aufgewendeten Kosten tatsächlich zunächst entstanden war (und erst infolge der Hilfsaufrechnung erloschen ist).

39

Allerdings hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes in BGHZ 16, 394, 395 für einen solchen Fall die Auffassung vertreten, daß in der Revisionsinstanz (erneut) darüber zu befinden sei, ob der Klageanspruch bestehe; der Beklagte könne - auch ohne Anschlußrevision - im Rahmen seiner Rechtsverteidigung alle Einwendungen gegen die Klageforderung wiederholen. Demgegenüber hat der VII. Zivilsenat ausgeführt, daß die Entscheidung des Berufungsgerichts über das (ursprüngliche) Bestehen einer infolge Aufrechnung erloschenen Forderung rechtskräftig werde, wenn nur der Kläger Revision einlege (BGH Urt. v. 14. Oktober 1971, VII ZR 47/70, WM 1972, 53, 54; vgl. auch schon BGHZ 35, 316, 319). Auch in der Kommentarliteratur wird im Ergebnis übereinstimmend die Meinung vertreten, im Falle der alleinigen Berufung oder Revision des Klägers dürfe das Rechtsmittelgericht nur noch das Bestehen der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung, nicht mehr das ursprüngliche Bestehen der Klageforderung, prüfen (Stein/Jonas/Grunsky, ZPO 20. Aufl. § 536 Rdn. 9; Wieczorek/Rössler 2. Aufl. § 536 C II; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO 47. Aufl. § 536 Anm. 1B; Thomas/Putzo 15. Aufl. § 536 Anm. 2b). Dem entspricht ebenfalls die Mehrzahl der Stimmen im Schrifttum (Robert Fischer, Anm. LM ZPO § 563 Nr. 5; Reinicke, NJW 1967, 513, 517; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 14. Aufl. § 141 II 2b, S. 899, sowie - mit ausführlicher Begründung - Rietschel, Anm. LM BGB § 387 Nr. 38).

40

Der erkennende Senat teilt diesen Standpunkt. Für ihn sprechen die Gedanken der Rechtskraft, des Verbots der *reformatio in peius* sowie - für die Hilfsaufrechnung - das dem Gericht vorgegebene Eventualverhältnis der prozessualen Ansprüche.

41

Ein Urteil, das das ursprüngliche Bestehen der Klageforderung und der Gegenforderung bejaht, enthält insoweit zwei prozessual selbständige Elemente des Streitstoffs. Dementsprechend kann die Überwälzung des Streitstoffs in die Rechtsmittelinstanz (sog. Devolution) auf jedes der beiden Elemente beschränkt werden (vgl. zur Beschränkbarkeit der Revisionszulassung auf die Gegenforderung BGHZ 53, 152, 155). Die Devolution eines solchen abtrennbaren Teils des Streitstoffs setzt die Einlegung eines Rechtsmittels (oder eines Anschlußrechtsmittels) durch die beschwerte Partei voraus. Anderenfalls verbleibt dieser Teil des Streitstoffs in der Vorinstanz, wird rechtskräftig und gelangt nicht in die nächste Instanz.

42

Der rechtskräftige Inhalt der vorinstanzlichen Entscheidung würde überdies bei erneuter Prüfung und evtl. Aberkennung der Klageforderung zum Nachteil des Klägers verändert; denn dieser könnte dann in einem späteren Prozeß erneut mit der vom Beklagten zur Aufrechnung gestellten Forderung überzogen werden. Darin läge eine unzulässige *reformatio in peius*.

43

Der Senat vermag daher auch nicht einer Mindermeinung im Schrifttum zu folgen, nach welcher die Entscheidung über das (ursprüngliche) Bestehen der Klageforderung nicht rechtskräftig wird und das Verbot der *reformatio in peius* lediglich zur Folge hat, daß der Klageanspruch im Rechtsmittelverfahren erst nach Feststellung des Nichtbestehens der Gegenforderung geprüft und ggf. verneint werden darf (so von Gerkan, ZZP 75, 217ff; Lieb, Das Verbot der *reformatio in peius* im Zivilprozeß, im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und im Verwaltungsstreitverfahren, S. 116ff, 117; Kapsa, Das Verbot der *reformatio in peius* im Zivilprozeß, S. 156ff, 157). Für die Hilfsaufrechnung scheidet dieser Lösungsversuch auch schon daran, daß die Entscheidung über die Gegenforderung unter die Bedingung des Bestehens der Klageforderung gestellt ist. Dieses Eventualverhältnis muß auch in der Rechtsmittelinstanz beachtet werden.



44

Einer Vorlage an den Großen Senat für Zivilsachen (§ 136 Abs. 1 GVG) bedarf es hier nicht, denn der II. Zivilsenat hat auf Anfrage erklärt, er halte an seiner in BGHZ 16, 394ff vertretenen gegenteiligen Ansicht nicht mehr fest.

45

4. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht gegenüber dem Anspruch der Klägerin auf anteiligen Ersatz der Kosten für die Errichtung des Heizwerks die Hilfsaufrechnung der Beklagten mit Ansprüchen auf Nutzungsentschädigung durchgreifen lassen.

46

Das Berufungsgericht spricht der Eigentümergeinschaft analog § 988 BGB einen Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen zu, welche die Klägerin aus dem Heizwerk gezogen hat. Die Klägerin habe den Besitz an dem Heizwerk rechtsgrundlos erlangt, weil der zugrundeliegende Kaufvertrag vom 27. Juli 1972 auf eine unmögliche Leistung gerichtet gewesen und daher nach § 306 BGB nichtig sei. Herauszugebende Nutzungen seien die Einnahmen aus der Verpachtung des Heizwerks in Höhe von insgesamt 1.278.058,58 DM. Die von der Klägerin geltend gemachten Aufwendungen könnten nicht gemäß § 818 Abs. 3 saldierend berücksichtigt werden. Die Kosten für den Erwerb der Räume (900.000 DM) könne die Klägerin nur von ihrer Vertragspartnerin, der Firma D., verlangen. Die übrigen Aufwendungen seien trotz gerichtlichen Hinweises nicht substantiiert worden.

47

Ob die Angriffe der Revision gegen die entsprechende Anwendbarkeit des § 988 BGB hier begründet sind, kann dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls gibt § 988 BGB nur einen Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen der Sache, deren Besitz der Besitzer unentgeltlich erlangt hat. Nur in diesem Umfang kommt ein Anspruch auch bei analoger Anwendung auf rechtsgrundlosen Besitzerwerb in Frage.

48

Der von der Klägerin aus der Verpachtung des Heizwerks gezogene Pachtzins ist kein herauszugebender Ertrag des gemeinschaftlichen Eigentums nach §§ 100, 99 Abs. 3 BGB. Wie der Bundesgerichtshof mehrfach ausgesprochen hat, können Nutzungen aus einem vom Besitzer erst eingerichteten Betrieb nicht als Ertrag der herauszugebenden Sache angesehen werden (BGHZ 63, 365, 368; Urt. v. 9. Juni 1969, VII ZR 52/67, WM 1969, 1083, 1084; Senatsurt. v. 12. Mai 1978, V ZR 67/77, NJW 1978, 1578).

49

Die Nutzung der Heizungsräume als solche und der damit verbundene Mitgebrauch des Grundstücks ist ebenfalls kein herauszugebender Gebrauchsvorteil im Sinne von § 100 BGB. Der Gebrauch der Heizräume beruhte auf den Investitionen der Rechtsvorgängerin der Klägerin. Nach dem Generalunternehmervertrag und der Teilungsvereinbarung bezweckten diese Investitionen die Errichtung von Teileigentum. Der durch den Kaufvertrag vom 27. Juni 1972 an die Klägerin weitergegebene anteilige Aufwand war demnach eine Investition zur späteren Nutzung der Heizungsräume. Eine Entschädigung für den Gebrauch dieser Räume können die Miteigentümer aufgrund ihres gemeinschaftlichen Eigentums ebensowenig beanspruchen, wie ein (Allein-)Eigentümer vom Besitzer eine Entschädigung für die Nutzung eines Gebäudes verlangen kann, das dessen Vorbesitzer auf eigene Kosten errichtet hat.

50

5. Da weitere Feststellungen nicht mehr in Betracht kommen, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

